

RECHTSWIRKSAMKEIT UND FAKTISCHE RECHTSGELTUNG

Ein Beitrag zur Rechtssoziologie

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Heino Garrn

aus Guderhandviertel, Kreis Stade

Veröffentlicht im Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,
Band LV/2 (1969)

1968

RECHTSWIRKSAMKEIT
UND
FAKTISCHE RECHTSGELTUNG

Ein Beitrag zur Rechtssoziologie

Dissertation

vorgelegt
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von
Heino Garrn
aus Guderhandviertel, Kreis Stade

Veröffentlicht im Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,
Band LV/2 (1969)



Referent: Professor Dr. jur. Theodor Viehweg, Mainz
Korreferent: Professor Dr. jur. Peter Schneider, Mainz
Tag der mündlichen Prüfung: 23. 12. 1968

Eine Rechtssoziologie, die ihren Gegenstand als offenes Feld vielfältiger Gegebenheiten und Bezüge versteht, muß darauf verzichten, mit einer definitiven Begriffsbestimmung des Rechts zu beginnen. Sie kann – zumal bei dem gegenwärtig noch relativ bescheidenen Stand der soziologischen Rechtsforschung – nur Ansätze einer Argumentationstheorie für eine soziologische Betrachtung dessen, was gemeinhin unter Recht verstanden wird, zeigen. Ihr Bemühen, den soziologischen Begriff des Rechts zu erhellen, geht dann dahin, leitende Gesichtspunkte (Topoi) zu erarbeiten, die eine hinreichend offene Betrachtung der rechtlichen Phänomene gestatten¹.

Die vorliegende Arbeit untersucht als solche leitenden Gesichtspunkte die Begriffe „Rechtswirksamkeit“ und „faktische Rechtsgeltung“. Sie möchte dadurch zur theoretischen Aufbereitung des rechtssoziologischen Argumentationsfeldes beitragen.

Die in der Arbeit angestellten Überlegungen sind seinsbezogen² und als Ausdruck eines forschungsmäßigen Rechtsdenkens³ zu verstehen.

¹ Vgl. VIEHWEG, „Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung“, in *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, hrsg. von A. DIEMER, Meisenheim 1968, S. 104: Das topische System „beschränkt sich darauf, ein Argumentationssystem zu sein. Es ist problemorientiert“ und „bietet zur Lösung seiner Problematik . . . die Zusammenstellung von Gesichtspunkten (Topoi). . . Das topische System ist ersichtlich in dauernder Bewegung, und seine jeweilige Formulierung gibt lediglich eine Argumentationsetappe im Umgang mit der aufgezeigten Problematik an. Es kann insoweit sinnvoll als offenes System bezeichnet werden, als sich seine Erörterung, also sein Problemumgang, für neue Gesichtspunkte offenhält“; derselbe, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl., München 1965, S. 15 ff.; vgl. auch PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, Paris 1958.

² Zur Diskussion um die Unterscheidung zwischen den Aspekten des Seins und des Sollens vgl. u. a. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 5 ff.; BRECHT, *Politische Theorie*, Tübingen 1961, S. 150 ff., 252 ff., 441 ff.; derselbe, „The Myth of Is and Ought“, in *Harvard Law Review*, Bd. LIV (1940/41). Zur Problematik des Schließens vom Sein auf das Sollen vgl. einerseits KLUG, „Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen“, in *Law, State and International Legal Order*, Essays in Honour of Hans Kelsen, Knoxville 1964, S. 153 ff., andererseits JØRGENSEN,

I.

Recht stellt sich bei rechtssoziologischer Betrachtungsweise einerseits als Realordnung, andererseits als Gefüge von Normen dar⁴.

Normen sind normative Vorstellungsinhalte und als solche, obwohl sie ein Sollen ausdrücken, seinsmäßig gegeben, insofern sie Gegenstand seinsbezogener Überlegungen sind⁵. Sollensbegriffe wie der der Norm können unter diesem Aspekt mithin ohne Widerspruch auch im Rahmen einer seinsbezogenen Rechtsbetrachtung verwendet werden.

Eine soziale Ordnung ist nicht als naturgesetzliches, sondern als *regelmäßiges* Geschehen zu verstehen, das heißt als ein Geschehen, bei dem stets die Möglichkeit regelwidriger Geschehensabläufe besteht⁶. Die Herausbildung und Einhaltung bestimmter sozialer Verhaltensregeln ist Ausdruck einer Wahl, die auf eine Verhaltenskoordination⁷ unter den Mitgliedern der jeweiligen sozialen Gruppe gerichtet ist und demgemäß von der Erwartung begleitet wird, daß alle Gruppenmitglieder sich an diese Regeln halten. Eine soziale Ordnung kann mithin nur als eine intentional bestimmte, das heißt als eine normierte Verhaltens-

„On the Possibility of Deducing What Ought to Be from What Is“, in *Ethics*, Bd. LXVI, 1955/56, S. 271 ff., PERELMAN, „La Théorie Pure du droit et l'Argumentation“, in *Law, State and International Legal Order. Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, S. 225 ff.

³ Zu dem Unterschied zwischen dogmatischem und forschungsmäßigem Rechtsdenken vgl. VIEHWEG, „Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik“, in *Estudios juridico-sociales. Homenaje al Professor Luis Legaz y Lacambra*, Bd. 1, Santiago de Compostela 1960, S. 203 ff.; vgl. auch THUL, „Die Denkform der Rechtsdogmatik“, in *ARSP*, Bd. XLVI, 1960, S. 241 ff.; BALLWEG, „Science, Prudence et Philosophie du droit“, in *ARSP*, Bd. LI, 1965, S. 543 ff.; derselbe, „Quelques progrès de recherches dans le domaine: Science, Prudence et Philosophie du droit“, in *ARSP*, Bd. LII, 1966, S. 221 ff.

⁴ Vgl. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Aarhus 1947, S. 22 f.

⁵ Vgl. KLUG, *a.a.O.*, S. 168: „In einer Metasprache, d. h. in einer Sprache, in der man über eine andere Sprache, die sogenannte Objektsprache, spricht, kann man in der Form von Seinssätzen über objektsprachliche Sollenssätze reden. Einer der Gründe für die häufig zu beobachtende Verwirrung bei der Analyse des Verhältnisses von Sein und Sollen dürfte gerade darin zu suchen sein, daß man im allgemeinen ohne formalen Verstoß metasprachlich vom Sein des Sollens sprechen darf.“

⁶ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 19.

⁷ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 14.

koordination gedacht werden⁸. Der Begriff der Norm ist deshalb zum Verständnis einer rechtlichen Realordnung unentbehrlich⁹.

II.

1. Recht als Realordnung ist die Gesamtheit normgemäßer Verhaltensweisen der Mitglieder einer „Rechtsgesellschaft“¹⁰. Rechtswirksamkeit soll hier deshalb als Normwirksamkeit untersucht werden.

1.1. Rechtsnormen sind Verhaltensregeln. Ein Rechtssystem, insbesondere ein System gesetzlicher Vorschriften, kann als aus *Verhaltensregeln* und *Zustandsregeln* bestehend gedacht werden.

Rechtsregeln sind Verhaltensregeln, soweit in ihnen ein bestimmtes Verhalten intendiert ist. Verhaltensregeln können durch „ $s \rightarrow g$ “ umschrieben werden, was besagt, daß eine bestimmte Situation „ s “ durch das Gebaren „ g “ beantwortet werden soll¹¹. Zu den Verhaltensregeln zählen zum Beispiel das Verbot der Wegnahme fremden Eigentums, das Gebot der Leistung des Schuldners an den Gläubiger oder das Gebot der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung durch die Verwaltungsbehörden.

Rechtsregeln sind dagegen Zustandsregeln, soweit sie einen rechtlichen Zustand bestimmend feststellen. Rechtlicher Zustand sind alle tatsächlich gegebenen oder fingierten Merkmale der normierten Situation „ s “ einer Verhaltensregel.

Zu den Zustandsregeln zählen zum Beispiel solche über die Rechtsfähigkeit des Menschen, die Nichtigkeit einer Willenserklärung, die Gewährleistung des Eigentums oder die Rechtskraft von Urteilen, schließlich alle begriffsentwickelnden Rechtssätze sowie solche, die andere Rechtssätze abändern oder aufheben.

Beispiel: A und B verpflichten sich in einem Vertrag zu gegenseitigen Leistungen. Diese Leistungen („ g “) sind in der Norm N mit dem Inhalt „ $s \rightarrow g$ “ als gesollt intendiert, soweit sich A beziehungsweise B in „ s “ befinden. In „ s “ befinden sich A und B, wenn sie rechts-, ge-

⁸ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 14 f.

⁹ Vgl. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958, S. 13 f., 18, 29.

¹⁰ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 87 f.

¹¹ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 15; „ $\rightarrow$ “ bedeutet bei GEIGER, *a.a.O.*, zunächst „folgt“, wobei „ $s \rightarrow g$ “ eine seinsmäßige „Regelhaftigkeit“ (vgl. zu diesem Begriff GEIGER, *a.a.O.*, S. 19) ausdrückt, hat aber die Bedeutung von „soll folgen“, soweit „ $s \rightarrow g$ “ den Inhalt einer Norm wiedergibt (vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 24).

schäftsfähig usw. sind, das heißt, wenn ihrerseits die Merkmale vorliegen, die insgesamt die normierte Situation „s“ ausmachen. Ob das der Fall ist, ergibt sich unter anderem aus den einschlägigen Zustandsregeln.

Zustandsregeln sind unselbständige Regeln. Sie beziehen sich, indem sie die Merkmale der normierten Situation „s“ einer Verhaltensregel bestimmend feststellen, stets nur auf Verhaltensregeln, haben also für sich genommen keine eigenständige Bedeutung.

Rechtsregeln sind nicht notwendig entweder nur Verhaltensregeln oder nur Zustandsregeln. Vielmehr sind die Aspekte der Verhaltensregelung und der Zustandsregelung bisweilen als in einer Rechtsregel verbunden zu denken. So sind Kompetenzregeln nicht nur Zustandsregeln, sondern zugleich Verhaltensregeln, soweit in ihnen ein bestimmtes Verhalten intendiert ist, wie etwa in den Art. 70 ff. GG deren Einhaltung durch die an der Gesetzgebung beteiligten Organe. Andererseits können auch Rechtsregeln, die primär Verhaltensregeln sind, zugleich Zustandsregeln sein, soweit die in ihnen aufgezeigte Rechtsfolge – etwa die Leistungspflicht des Schuldners (vgl. zum Beispiel §§ 241 ff. BGB) konstituierendes Merkmal der normierten Situation „s“ einer anderen Verhaltensregel, zum Beispiel der über die Leistung von Schadensersatz in bestimmten Fällen der Unmöglichkeit der Leistung (vgl. etwa §§ 280, 323 ff. BGB) ist.

1.2. Das Recht als Realordnung ist eine Verhaltensordnung. Als Zustandsordnung läßt sich seine Wirksamkeit nur mittelbar zeigen. Der Besitz an einer Sache als rechtlicher Zustand wird nur darin sichtbar, daß der Besitzer von ihr Gebrauch macht, der Nichtbesitzer die Entziehung oder Störung des Besitzes unterläßt oder der Besitzer gegen eine Besitzentziehung oder Besitzstörung vorgeht beziehungsweise geschützt wird. Für eine empirische, das heißt am faktischen Rechtsgeschehen orientierte Rechtsbetrachtung gibt es deshalb streng genommen keine Wirksamkeit rechtlicher Zustände, sondern nur die Wirksamkeit rechtlicher Verhaltensweisen¹². Wenn im folgenden von Normwirksamkeit gesprochen wird, so ist mithin stets die Wirksamkeit von Verhaltensregeln gemeint.

¹² Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 17: „Für streng empirische Rechtsbetrachtung gibt es Gesellschaft nur als Geschehen („Vergesellschaftung“), nicht als Sein. Eine Zustandsordnung im strikten Sinne entfällt damit. Jeder Zustand kann als geregelte Wiederkehr von Geschehenszusammenhängen im Verlaufe des Gruppenlebens verstanden werden“; vgl. auch LEOPOLD v. WIESE, *System der allgemeinen Soziologie*, 3. Aufl., Berlin 1955, S. 102 ff. (104 f.).

1.3. Rechtsnormen sind Soll-Regeln. Ihre Befolgung begegnet einer „fordernden Erwartung“¹³ oder Empfehlung seitens der in der jeweiligen Rechtsgesellschaft bestehenden „Zentralmacht“¹⁴.

Empfehlende Verhaltensregeln sind solche, deren Befolgung bisweilen – wie etwa in Vorschriften des Subventionsrechts – durch Vorteile belohnt wird, deren Nichtbefolgung hingegen keine über die Nichtgewährung solcher Vorteile hinausgehenden rechtlichen Folgen hat¹⁵.

Kann-Regeln wie die, daß der Gläubiger in bestimmten Fällen der Unmöglichkeit der Leistung Schadensersatz verlangen kann, sind, indem sie ein rechtliches Vermögen feststellen, Zustandsregeln. Sie können im übrigen als Soll-Regeln verstanden werden, soweit in ihnen zugleich ein bestimmtes Verhalten Dritter intendiert ist, wie in der vorgenannten Kann-Regel, die besagt, daß der Schuldner, falls der Gläubiger Schadensersatz begehrt, die begehrte Ersatzleistung zu erbringen hat.

Darf-Regeln – also Erlaubnissätze – sind Zustandsregeln, indem sie das Nichtbestehen eines Verbots feststellen.

1.4. Eine Norm ist ein von der Anschauung konkreter Normsituationen begleiteter normativer Vorstellungsinhalt. Dessen sprachliche Symbolisierung in einem Normsatz vermittelt für sich genommen nur ein – in modernen Gesetzen weitgehend durch den Abstraktionsgrad der juristischen Fachsprache gekennzeichnetes – begriffliches Normschema, das hinsichtlich seiner Handhabung in konkreten Fällen keinen objektiv abgegrenzten Bedeutungsgehalt besitzt, sondern lediglich begriffliche Bezugspunkte mit einem durch die sprachliche Konvention bestimmten Bezugsradius enthält¹⁶ und somit nur eine „perspektivische Sicht“¹⁷ auf den sich mit der Normhandhabung stets wandelnden Bedeutungsgehalt¹⁸ der Norm, das heißt auf die nach dem jeweiligen Stand der Rechtsentwicklung von der Norm erfaßten konkreten Fälle bietet.

Der von der Anschauung konkreter Normsituationen begleitete normative Vorstellungsinhalt entspricht dem, was GEIGER als „subsistente Norm“ bezeichnet. GEIGER unterscheidet zwischen dem Normsatz oder der „Wortnorm“ einerseits und der subsistenten Norm andererseits¹⁹. Der Normsatz ist nach GEIGER die sprachliche Hülle der subsistenten Norm, diese hingegen das anschauliche Gebarensmodell „s → g“, das den Aussageinhalt

¹³ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 29.

¹⁴ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 105.

¹⁵ Zum Begriff der Empfehlung in der islamischen Rechtslehre vgl. SCHACHT, in *Enzyklopädie des Islam*, Bd. IV, 1934, unter „Shari'a“.

¹⁶ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 191 ff., 209.

¹⁷ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 192.

¹⁸ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 192, 193, 196.

¹⁹ GEIGER, a.a.O., S. 23 ff., 27 ff.

des Normsatzes ausmacht²⁰. Eine subsistente Norm kann bestehen, ohne daß sie schriftlich in einem Normsatz niedergelegt ist, so bei gewohnheitsmäßig entstandenen Normen. Werden diese später als Normsätze aufgezeichnet, so haben diese Normsätze lediglich „deklarativen“ Charakter. Fehlen dagegen vor der Statuierung von Normsätzen entsprechende gewohnheitsmäßig begründete Normvorstellungen, so handelt es sich um „proklamative“ Normsätze²¹.

2. Daß eine Rechtsnorm wirksam ist, bedeutet, daß die in der Norm intendierte Verhaltensweise eintritt, wenn die normierte Situation „s“ gegeben ist. Die Norm N, die dem Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht zur Leistung an den Gläubiger auferlegt, ist wirksam, wenn in dem jeweiligen konkreten Fall die Leistung erbracht oder im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt wird.

Normwirksamkeit wird hier als ein in der Außenwelt beobachtbarer Vorgang verstanden. Nur das faktische Rechtsgeschehen soll wirksam genannt werden, nicht dagegen die Norm in ihrer Eigenschaft als normativer Vorstellungsinhalt. Wird im folgenden von Normwirksamkeit gesprochen, so ist damit also gemeint, daß das, was der Norm nach gesollt ist, seine Entsprechung in der effektiven Sozialordnung findet.

3. Die Wirksamkeit einer Norm besteht nicht in deren Anwendung durch Gerichte und Verwaltungsbehörden. Die gerichtliche Verurteilung eines Schuldners zur Leistung an seinen Gläubiger besagt nichts über die Wirksamkeit der Norm, in der diese Leistung intendiert ist. Gelingt es dem Schuldner nach der Verurteilung, sein Vermögen dem Zugriff der Zwangsvollstreckung zu entziehen, so ist die Norm in diesem Falle unwirksam. Wirksam ist dann nur die „Anwendungsnorm“, das heißt die Norm, in der die Anwendung der oben genannten „Leistungsnorm“ intendiert ist.

3.1. Normanwendung ist die an abstrakten Normen orientierte Feststellung einer konkreten Norm. Das Gericht, das den Beklagten B zur Zahlung von 500 DM Schadensersatz verurteilt, stellt damit die konkrete Norm fest, daß B die genannte Summe an den Gläubiger zahlen soll. Diese Norm ist die konkrete Ausgestaltung einer abstrakten Norm, etwa der des § 823 Abs. 1 BGB.

Umschreibt man Normanwendung als konkretisierende Normfeststellung, so gehört zur Normanwendung nicht nur das, was in der Rechts-

²⁰ GEIGER, *a.a.O.*, S. 27, 190, 194, 164.

²¹ GEIGER, *a.a.O.*, S. 23 f.

theorie als Rechtsprechung bezeichnet wird, sondern gleichermaßen jegliche Rechtserzeugung, soweit diese den Charakter konkretisierender Normfeststellung hat. Nicht nur Gerichte, sondern auch Gesetzgebungsorgane und Verwaltungsbehörden können deshalb Normen anwenden. Zwischen der gesetzgebenden Rechtserzeugung und der Rechtsprechung besteht nur ein gradueller Unterschied. Gesetzgebende Rechtserzeugung ist Feststellung abstrakter oder teilweise konkretisierter Normen, Rechtsprechung hingegen ist überwiegend Feststellung konkreter Normen. Das, was nach der Rechtslehre als Rechtsprechung im materiellen Sinne umschrieben wird, stellt sich bei empirischer Rechtsbetrachtung als Fortsetzung der gesetzgebenden Rechtserzeugung durch Konkretisierung des Norminhalts dar²².

3.2. Als konkretisierende Normfeststellung ist die Normanwendung von der Durchsetzung der konkretisierten Norm im Wege der Zwangsvollstreckung zu unterscheiden. Während die Normdurchsetzung eine Erscheinungsform der Normwirksamkeit ist, kann die Normanwendung als dem „Vorfeld“ der Normwirksamkeit zugehörig betrachtet werden, soweit sie der Realisierung abstrakter Normen vorangeht und angibt, ob und in welchem Umfang diese wahrscheinlich realisiert werden. Unter diesem Aspekt gewinnt die Anwendung von Rechtsnormen, wie noch zu zeigen sein wird, Bedeutung für die Frage nach deren faktischer Geltung und ist im Zusammenhang mit dieser des weiteren zu erörtern.

3.3. Wollte man davon ausgehen, daß die Normanwendung Gegenstand der angewendeten Norm selbst ist, so müßte zwischen einem primären und einem sekundären Norminhalt unterschieden werden. Gegenstand des primären Norminhalts wäre dann die primär in der Norm inten-

²² Vgl. Kelsen, *a.a.O.*, S. 240: „Eine Norm, die die Erzeugung einer anderen Norm bestimmt, wird in der von ihr bestimmten Erzeugung der anderen Norm angewendet. Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung. Diese beiden Begriffe stellen nicht, wie von der traditionellen Lehre angenommen wird, einen absoluten Gegensatz dar“; S. 242: „Vom Standpunkt einer auf Dynamik des Rechts gerichteten Betrachtung stellt die Setzung der individuellen Norm durch das Gericht ein Durchgangsstadium des Prozesses dar, der mit der Errichtung der Verfassung beginnt, über Gesetzgebung und Gewohnheit zur richterlichen Entscheidung und von dieser zur Vollstreckung der Sanktion führt. Dieser Prozeß, in dem das Recht sich gleichsam immer von neuem erzeugt, geht vom Generellen (oder Abstrakten) zum Individuellen (oder Konkreten). Es ist ein Prozeß stetig zunehmender Individualisierung und Konkretisierung.“

dierte Verhaltensweise, Gegenstand des sekundären Norminhalts hingegen die Anwendung des primären Norminhalts in konkreten Rechtsfällen.

Grundsätzlich mag dahinstehen, ob die Normanwendung Gegenstand der angewendeten Norm selbst oder Gegenstand einer besonderen Norm ist, die etwa besagt, daß die Richter und Verwaltungsbeamten eines Landes die in diesem Lande bestehenden Normen anzuwenden haben (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). Beides ist denkbar. Hier wird davon ausgegangen, daß die Anwendung von Normen jeweils in besonderen Normen intendiert ist, die im folgenden als „Anwendungsnormen“ oder *Sekundärnormen* bezeichnet und von den angewendeten oder *Primärnormen* unterschieden werden. Diese unterschiedliche Bezeichnung erfolgt nur aus Gründen einer für eine empirische Rechtsbetrachtung sinnvollen Umschreibung der Wirksamkeit von Rechtsnormen. Sie ist erforderlich, um deutlich zu machen, daß die Wirksamkeit von Rechtsnormen nicht in ihrer Anwendung zu sehen ist. Grundlegende Unterschiede in der Struktur beider Normarten bestehen im übrigen nicht. Beide sind Verhaltensregeln und können in gleicher Weise wirksam genannt werden. Die Realisierung von Sekundärnormen ist ebenso Bestandteil der rechtlichen Realordnung wie die Realisierung von Primärnormen.

4. Eine Rechtsnorm ist wirksam, wenn sie befolgt oder durchgesetzt wird.

4.1. Normbefolgung ist jede Realisierung des Norminhalts, soweit sie durch einen Normadressaten²³ erfolgt. Normadressat ist, wer sich in der normierten Situation „s“ befindet.

Nicht nur Primärnormen, sondern auch Sekundärnormen können befolgt werden. Die Anwendung von Primärnormen durch Richter und Verwaltungsbeamte ist Befolgung der jeweiligen Sekundärnormen.

Die Befolgung von Rechtsnormen ist nicht notwendig Ausdruck einer bewußten Orientierung der Normadressaten am Norminhalt, sondern kann gleichermaßen unreflektiertes gewohnheitsmäßiges Handeln sein²⁴.

Normbefolgung ist konkretisierende Normgestaltung, so wie Normanwendung konkretisierende Normfeststellung ist. Das normgemäße Verhalten von Normadressaten ist nicht als bis in letzte Einzelheiten in der jeweiligen abstrakten Norm vorgezeichnetes Abbild des abstrakten

²³ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 26.

²⁴ Vgl. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen 1956, S. 190; GEIGER, *a.a.O.*, S. 25 f., 50.

Normschemas, sondern als dessen konkretisierende Ausgestaltung im Rahmen des unter Berufung auf die abstrakte Norm als normgemäß anerkannten Verhaltensbereichs zu verstehen. Auch die noch so differenzierende Fassung einer Norm, in der etwa die Leistung des Schuldners an den Gläubiger intendiert ist, bestimmt die von dem Schuldner zu erbringende Leistung stets nur abstrakt in Umrissen, ohne damit zugleich alle wenn auch noch so geringen Modalitäten bei der konkreten Ausgestaltung der Leistung zu erfassen.

4.2. Normdurchsetzung ist jede Realisierung des Norminhalts durch Anwendung von Zwangsmitteln. Die Durchsetzung einer Primärnorm ist Befolgung einer „Durchsetzungsnorm“, das ist die Norm, in der die Durchsetzung der Primärnorm intendiert ist.

5. Die Wirksamkeit einer Norm kann für die Fälle ihrer Nichtbefolgung nicht darin gesehen werden, daß die Normverletzung durch eine sogenannte Sanktion beantwortet wird. Die Norm, daß man einem anderen nicht „fremde bewegliche Sachen“ wegnehmen darf (§ 242 StGB), wird nicht dadurch wirksam, daß der Verurteilte V, der diese Norm verletzt hat, deswegen bestraft wird. Sie kann sich nur dadurch als wirksam erweisen, daß sie befolgt wird. Die Norm hingegen, die eine Bestrafung des Täters vorsieht, ist eine andere Norm, die wirksam ist, wenn die Bestrafung durchgeführt wird.

Der Darstellung der Normwirksamkeit bei Kelsen kann nicht gefolgt werden. Nach Kelsen ist eine Norm wirksam, wenn sie befolgt oder angewendet wird²⁵. Unter Normanwendung versteht Kelsen die Anordnung und Vollstreckung einer Sanktion²⁶. Diese Umschreibung der Normwirksamkeit begegnet aus zweifachem Grunde Bedenken. Einmal deswegen, weil sie die Wirksamkeit einer Norm für den Fall ihrer Verletzung darin sieht, daß diese Normverletzung durch eine sogenannte Sanktion beantwortet wird; zum anderen, weil sie die hier vorgenommene notwendige Unterscheidung zwischen Primärnormen und Sekundärnormen bei der Darstellung der Normwirksamkeit unberücksichtigt läßt, indem sie als Normanwendung sowohl die Anordnung als auch die Vollstreckung einer Sanktion bezeichnet.

Spricht man von einer Sanktion, so verbindet sich damit leicht die Vorstellung, daß durch die Ausführung der Sanktion die rechtliche Ordnung wiederhergestellt, das Unrecht gesühnt oder wiedergutmacht wird. Es wird hier nicht nach der Berechtigung dieser Vorstellung ge-

²⁵ Kelsen, *a.a.O.*, S. 10, 122.

²⁶ Kelsen, *a.a.O.*, S. 11.

fragt, soweit sie Bestandteil der Rechtsdogmatik²⁷ ist. Vielmehr soll nur dem Mißverständnis begegnet werden, eine Norm erweise sich auch dann als wirksam, wenn ihre Verletzung eine Sanktion zur Folge hat. Normwirksamkeit kann bei empirischer Rechtsbetrachtung immer nur meinen, daß die in der Norm intendierte Verhaltensweise in einer konkreten Normsituation eintritt. In allen anderen Fällen ist die Norm unwirksam.

Auch der von GEIGER gebotenen Darstellung der Normwirksamkeit kann nicht gefolgt werden. Nach GEIGER besteht die „Wirkung“ der Norm darin, daß entweder die Norm befolgt wird oder ein von der Norm abweichendes Verhalten eine soziale Reaktion zur Folge hat. Diese Reaktion ist in einer sekundären „Reaktionsnorm“ intendiert, die mit der primären „Aktionsnorm“ zu einem „sekundären Gebarensmodell“ verbunden ist²⁸. Dieses sekundäre Gebarensmodell ist wirksam, wenn entweder die Aktionsnorm oder die Reaktionsnorm befolgt wird. Dabei ergibt sich die Notwendigkeit, dieses sekundäre Gebarensmodell zu einem tertiären Gebarensmodell zu erweitern, das für den Fall der Nichtbefolgung der Reaktionsnorm eine weitere Reaktionsnorm vorsieht²⁹. Gefragt wird dann also nicht mehr nach der Wirksamkeit einer einzelnen Norm, sondern nach der Wirksamkeit einer Kette miteinander verbundener Aktions- und Reaktionsnormen. Untersucht man jedoch Rechtswirksamkeit als Normwirksamkeit, so ist es sinnvoll, immer nur nach der Wirksamkeit einer einzelnen Norm, in der ein bestimmtes Verhalten intendiert ist, zu fragen. Es kommt dann – wie gesagt – allein darauf an, ob diese Verhaltensweise in konkreten Normsituationen eintritt oder nicht.

III.

1.1. Die faktische Geltung einer Rechtsnorm ist ein empirisch gegebener Sachverhalt. Daß eine Rechtsnorm faktisch gilt, besagt, daß, wenn die normierte Situation „s“ eintritt, die Realisierung der Norm mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Die faktische Geltung einer Norm wird deshalb als deren Wirksamkeitschance umschrieben.

²⁷ Zu dem Begriff der Rechtsdogmatik vgl. die oben, Anm. 3, angegebene Literatur.

²⁸ GEIGER, *a.a.O.*, S. 34.

²⁹ GEIGER, *a.a.O.*, S. 100 ff. (105).

1.2. Die faktische Rechtsgeltung ist von der normativen Rechtsgeltung zu unterscheiden.

Die Frage nach der normativen Rechtsgeltung ist die nach der Legitimität der in der jeweiligen Norm umschriebenen Verhaltensweise³⁰. Der Begriff der normativen Rechtsgeltung ist ein Sollensbegriff. Er kann nur als Gesichtspunkt im Rahmen einer handlungs- und entscheidungsbezogenen rechtlichen Problemerkörterung, nicht hingegen als Ausdruck eines empirisch gegebenen Sachverhalts verstanden werden. Alle Versuche, die normative Rechtsgeltung auf soziale oder psychische Fakten zurückzuführen, müssen deshalb als ihrem Gegenstand unangemessen betrachtet werden. Die Hervorhebung solcher Fakten mag die sozialen und psychischen Begleitumstände für die Entstehung der Vorstellung von einer normativen Rechtsgeltung erklären, besagt jedoch nichts über die normative Rechtsgeltung selbst³¹.

GEIGERS Darstellung der „Verbindlichkeit“³² begegnet unter diesem Gesichtspunkt Bedenken. GEIGER möchte den Wirklichkeitsgehalt von Normen nachweisen, indem er deren „Verbindlichkeit“ als Wirklichkeitszusammenhang darstellt. Dieser Wirklichkeitszusammenhang besteht nach GEIGER in der Alternativwirkungschance der Norm, das heißt darin, daß die Normadressaten der Alternative gegenüberstehen, entweder die Norm zu befolgen oder sich für den Fall der Normverletzung dem Risiko einer Gruppenreaktion auszusetzen³³. Unter Verbindlichkeit versteht GEIGER demnach nicht nur das, was hier als faktische Normgeltung bezeichnet wird, sondern offenbar zugleich so etwas wie ein faktisches Sollen³⁴. GEIGER verbindet überdies mit seiner Dar-

³⁰ Vgl. im einzelnen EMGE, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1955, S. 340 ff.; HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München 1964, S. 446 ff.

³¹ Vgl. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, S. 79 ff. (81 ff.); derselbe, „Definition and Theory in Jurisprudence“, in *The Law Quarterly Review*, Bd. 70 (1954), S. 37 ff. (38 ff., 45 ff.); OLIVECRONA, „Legal Language and Reality“, in *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*, New York 1962, S. 151 ff. (155).

³² GEIGER, *a.a.O.*, S. 30 ff. (32 ff.). ³³ GEIGER, *a.a.O.*, S. 32 ff. (34 ff.).

³⁴ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 33: „Mit Verbindlichkeit der Norm meinen wir gerade dies, daß sie alle zur Kategorie AA („AA“ bedeutet „Normadressaten“ – Anm. d. Verf.) gehörigen MM_Σ („MM_Σ“ bedeutet „Mitglieder einer Rechtsgesellschaft“ – Anm. d. Verf.) verbindet . . . Handelt ein A nach dem Schema $s \rightarrow \bar{g}$ („ $\bar{g}$ “ bedeutet „nicht g“ – Anm. d. Verf.), erklärt man, daß er $s \rightarrow g$ gehandelt haben sollte, behauptet also auch – und gerade – ihm gegenüber die Verbindlichkeit der Norm.“; vgl. auch LAHTINEN, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen*, Helsinki 1951, S. 74.

stellung der „Verbindlichkeit“ eine Kritik der „juridischen Geltungsfrage“³⁵. Dabei bleibt der grundlegende Unterschied zwischen der faktischen Rechtsgeltung als einem seinsmäßig gegebenen Sachverhalt und der normativen Rechtsgeltung als einem Sollensbegriff unberücksichtigt.

2. Die faktische Normgeltung ist als Chance der Normwirksamkeit zwar ein auf die Normwirksamkeit bezogener Sachverhalt, darf jedoch nicht mit dieser gleichgesetzt werden.

Aussagen über die Wirksamkeit einer Norm beziehen sich auf abgeschlossene Normsituationen; Aussagen über die faktische Geltung einer Norm hingegen beziehen sich auf zukünftige Normsituationen. Sobald die Norm in einem konkreten Fall realisiert ist, kann hinsichtlich dieses Falles nicht mehr von der faktischen Geltung der Norm gesprochen, sondern nur deren Wirksamkeit festgestellt werden³⁶.

Der Unterschied zwischen Normwirksamkeit und faktischer Normgeltung zeigt sich auch darin, daß Aussagen über die faktische Geltung einer Norm nicht bestimmte Voraussagen ihrer zukünftigen Wirksamkeit sind. Denn die faktische Geltung einer Norm besteht als bloße Wirksamkeitschance unabhängig davon, ob die Norm in Zukunft je realisiert wird. Letzteres hängt nämlich zunächst davon ab, ob überhaupt die normierte Situation „s“ eintritt. Die faktische Normgeltung ist insoweit ein hypothetischer Sachverhalt³⁷.

Im Hinblick auf die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen Normwirksamkeit und faktischer Normgeltung kann der Darstellung der (faktischen) Normgeltung bei BRUSIIN nicht gefolgt werden. Nach BRUSIIN ist die (faktische) Geltung einer Norm „eine Stufe ihrer Effektivität“³⁸. Eine Norm gilt (faktisch), wenn sie in der „überwiegenden Zahl der Fälle“ befolgt wird, beziehungsweise wenn die für ihre Nichtbefolgung vorgesehene „Sanktionsnorm“ „von den Sanktionsorganen so regelmäßig befolgt“ wird, „daß ihre Nichtbefolgung eine verschwin-

³⁵ GEIGER, *a.a.O.*, S. 201 ff., 157 ff.

³⁶ Der von GEIGER, *a.a.O.*, S. 204 verwendete Begriff der rechtshistorischen Geltung ist also mit dem Begriff der Normwirksamkeit gleichzusetzen. Vgl. auch GEIGER, *a.a.O.*, S. 35.

³⁷ Vgl. BULYGIN, „Der Begriff der Wirksamkeit“, in ARSP, *Beiheft* Nr. 41, NF Nr. 4 (1965), S. 39 ff. (53 ff.); HEDENIUS, *Om rätt och moral*, 2. Aufl., Stockholm 1965, S. 85 ff.

³⁸ BRUSIIN, *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, Helsinki 1949, S. 16; ähnlich im Ergebnis SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin 1966, S. 58 f.

dend kleine Größe ausmacht“³⁹. Einen Unterschied zwischen der „Geltung“ und der Wirksamkeit von Rechtsnormen sieht BRUSIIN nur dann, wenn „Geltung“ im „rein“ normativen, nicht sozialpsychologischen Sinne verstanden wird“⁴⁰. Die vorangehenden Überlegungen dürften indessen deutlich gemacht haben, daß auch zwischen der faktischen Normgeltung und der Normwirksamkeit ein beachtenswerter Unterschied besteht.

Dieser Unterschied bleibt auch in der Darstellung der faktischen Normgeltung bei LAHTINEN unberücksichtigt. Die faktische Geltung einer Norm besteht nach LAHTINEN darin, daß eine Rechtssache auf Grund dieser Norm entschieden wird⁴¹. Vor der Entscheidung kann nur eine Behauptung über die „Gültigkeit“ der Norm aufgestellt werden. Deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit erweist sich erst nach der Entscheidung. Zwar besteht auf Grund vorangegangener Entscheidungen die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeitsaussagen über die zukünftige Anwendung der Norm zu machen. Dabei ist es jedoch „weniger passend“, die Norm „gültig“ zu nennen. Es kann nur gesagt werden, daß die Norm mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit „gültig“ ist⁴². Nach dem hier vorgetragenen Begriffsverständnis hingegen wird eben jene Wahrscheinlichkeit der Normrealisierung als faktische Normgeltung umschrieben. Im übrigen sei entsprechend dem oben (unter II, 3) Gesagten nochmals betont, daß die Normanwendung bei empirischer Rechtsbetrachtung nicht als Ausdruck der Normwirksamkeit verstanden und deshalb die faktische Geltung einer Norm weder, wie LAHTINEN meint, in ihrer Anwendung noch in der Wahrscheinlichkeit ihrer Anwendung gesehen werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch der Darstellung der faktischen Normgeltung bei BULYGIN entgegenzutreten, soweit dieser die faktische Geltung einer Rechtsnorm in deren „Gerichtsfähigkeit“ sieht⁴³.

3. Die faktische Normgeltung ist eine Korrelation zwischen der Norm und ihrer Realisierung in zukünftigen Normsituationen⁴⁴. Diese Korrelation drückt den *Realbezug* von Normen aus⁴⁵.

4.1. Anhaltspunkte für die faktische Geltung einer Rechtsnorm können sich zunächst aus dem Ausmaß ihrer bisherigen Effektivität ergeben.

³⁹ BRUSIIN, *a.a.O.*, S. 16.

⁴⁰ BRUSIIN, *a.a.O.*, S. 15.

⁴¹ LAHTINEN, *a.a.O.*, S. 182.

⁴² LAHTINEN, *a.a.O.*, S. 182.

⁴³ BULYGIN, *a.a.O.*, S. 54 f.

⁴⁴ Vgl. BULYGIN, *a.a.O.*, S. 54 f.

⁴⁵ Vgl. unter diesem Gesichtspunkt auch GEIGER, *a.a.O.*, S. 30 ff.

Hat sich eine Rechtsnorm während längerer Zeit als wirksam erwiesen, so kann regelmäßig auch für die Zukunft ihre Realisierung bei Vorliegen der normierten Situation „s“ erwartet werden. Das heißt indessen nicht, daß die faktische Normgeltung dem Umfang der bisherigen Normeffektivität entspricht. Denn jede zukünftige Normsituation kann zu einer Änderung der Rechtslage, zum Erlöschen einer bisher eingehaltenen Norm beziehungsweise zur Herausbildung einer neuen Norm führen⁴⁶. „Niemand kann vom Standpunkt einer empirischen Rechtsbetrachtung „mit Bestimmtheit sagen, was hier und jetzt Rechtens“ ist „oder nicht“⁴⁷.

Die faktische Normgeltung ist durch eine Vielzahl von Faktoren bedingt. Diese betreffen entweder das „Ob“ der faktischen Normgeltung, die „formelle Geltungsfrage“ (III, 4.2), oder das „Was“ der faktischen Normgeltung, die „substanzielle Geltungsfrage“ (III, 4.3)⁴⁸.

4.2. Ob eine Rechtsnorm faktisch gilt, hängt davon ab, welche Garantien für die Realisierung der Norm in zukünftigen Normsituationen bestehen.

Rechtsgarantie ist Garantie der Normwirksamkeit. Normbefolgung und Normdurchsetzung werden insofern in gleicher Weise garantiert, als die Normdurchsetzung zugleich Befolgung der Durchsetzungsnorm durch die Vollstreckungsbeamten ist (vgl. unter II, 4.2).

Die Realisierung einer Norm hängt stets davon ab, ob diejenigen, denen die Realisierung der Norm obliegt, bereit und in der Lage sind, die Norm zu realisieren. Garantien der Normwirksamkeit sind deshalb einerseits Umstände, die die Möglichkeit der Normrealisierung betreffen, wie etwa die Leistungsfähigkeit des Schuldners oder das Vorhandensein von Zwangsmitteln, andererseits mentale beziehungsweise psychische Momente wie die Orientierung der Normadressaten an gewohnten Verhaltensweisen, die Furcht vor einer zwangsweisen Normdurchsetzung oder vor Reaktionen seitens des betreffenden ordnungstragenden Gesellschaftsintegrates oder der jeweiligen Normbenefiziarie⁴⁹, im Staats- und Völkerrecht eine gewisse Scheu vor dem Druck der öffentlichen Meinung, im Wirtschaftsverkehr das Interesse an der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen, des weiteren aber auch der Respekt vor dem Normgeber und nicht zuletzt eine Internalisierung des Norminhalts dahingehend, daß die Norm als verbindlich empfunden wird.

⁴⁶ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 162; vgl. auch ROSS, *a.a.O.*, S. 42 f.

⁴⁷ GEIGER, *a.a.O.*, S. 160.

⁴⁸ GEIGER, *a.a.O.*, S. 164 f.

⁴⁹ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 26.

Die Garantie einer etwa erforderlichen gerichtlichen Normanwendung ist in die Garantie der Normwirksamkeit einzubeziehen. Die Anwendung einer Rechtsnorm wird, da von „äußeren“ Umständen regelmäßig unabhängig, in erster Linie durch psychische Momente gewährleistet. Solche psychischen Momente sind unter anderem, daß sich diejenigen, denen die Normanwendung obliegt, an die Anwendungsnormen und an die in der jeweiligen Rechtsgesellschaft herrschende Rechtsideologie oder „Basisdoktrin“⁵⁰ gebunden fühlen, sowie die Furcht vor Reaktionen der jeweiligen Aufsichtsinstanz in Fällen pflichtwidriger Nichtanwendung der Norm.

4.3. Der Geltungsumfang einer Rechtsnorm ist keine feststehende Größe, sondern unterliegt beständigem Wandel durch die Handhabung der Norm in konkreten Normsituationen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die faktische Normgeltung eine relative Größe.

Der Geltungsumfang einer Rechtsnorm ist weniger aus dem in dem Normsatz ausgedrückten begrifflichen Normschema als vielmehr daraus zu ersehen, wie die Norm bisher befolgt oder durchgesetzt worden ist.

Das begriffliche Normschema hat, da es, wie oben (unter II, 1.4), dargelegt, keinen objektiv abgegrenzten Bedeutungsumfang besitzt, demgemäß auch keinen objektiv abgegrenzten Umfang seiner faktischen Geltung. Es lassen sich entsprechend dem oben (unter II, 1.4) Gesagten nur ein durch die sprachliche Konvention bestimmter kleinster und größter Bezugsradius für das begriffliche Normschema angeben. „Irgendwo in der zwischen beiden sich erstreckenden Zone verlaufen die beweglichen Grenzen des“ Umfanges der faktischen Normgeltung⁵¹. Nur insoweit also, als das begriffliche Normschema einen durch die sprachliche Konvention bestimmten kleinsten und größten Bezugsradius besitzt, kann von einem Umfang seiner faktischen Geltung gesprochen werden⁵².

Normalisierung ist, wie schon oben (unter II, 4.1) für die Normbefolgung hervorgehoben, stets Normgestaltung. Die Handhabung der Norm in konkreten Normsituationen bedingt, da keine Normsituation vollständig einer anderen gleicht, die Möglichkeit eines beständigen, wenn

⁵⁰ Vgl. VIEHWEG, *a.a.O.*, S. 205 ff.; BALLWEG, „Science, Prudence et Philosophie du Droit“, *a.a.O.*, S. 556.

⁵¹ GEIGER, *a.a.O.*, S. 209.

⁵² GEIGER, *a.a.O.*, S. 210.

auch noch so geringen Bedeutungswandels der Norm⁵³, dem, gemessen an dem durch die sprachliche Konvention bestimmten kleinsten und größten Bezugsradius des begrifflichen Normschemas, entweder eine Erweiterung oder Verengung des Umfangs der faktischen Normgeltung entspricht. Art und Umfang jenes Bedeutungswandels bestimmen sich nach den Bedürfnissen des sozialen Lebens⁵⁴.

Soweit der Normrealisierung die Anwendung der Norm, das heißt eine konkretisierende Normfeststellung, vorangeht, bietet diese Anhaltspunkte für den Umfang der faktischen Normgeltung.

Normanwendung ist nicht bloße Ableitung einer konkreten Norm aus einem begrifflichen Normschema, sondern weitgehend rechtskonstruktive Feststellung einer konkreten Norm unter Berufung auf die angewendete abstrakte Norm. Als solche ist die Normanwendung nicht nur an dem jeweiligen begrifflichen Normschema, sondern vor allem an der gerichtlichen Handhabung der Norm in vergleichbaren Normsituationen orientiert. „Der konkrete Fall wird also nicht einer die Kette der Fälle in identischer Inhaltsbestimmung überdauernden Norm subsumiert, sondern einem Komplex früherer Fälle als ihnen affin koordiniert und auf Grund dieser Koordination zum Normsatz in Beziehung gebracht⁵⁵.“ „Indem aber der neue Fall einem Komplex früherer Fälle zugeordnet und nach den gleichen Linien behandelt wird, führt er auch selbst der Norm neue“ Substanz ihrer faktischen Geltung zu⁵⁶. Nicht zuletzt bedingt durch den Sachzwang konkreter Situationen ist Normanwendung also stets flexible Normgestaltung und verleiht so der Norm den beständigen Wandel unterliegenden Umfang ihrer faktischen Geltung.

Wie sich bei Erlass eines neuen Gesetzes der Geltungsumfang der jeweiligen Norm entwickelt, ist zunächst völlig ungewiß. Unter Berufung auf dasselbe begriffliche Normschema können sich verschiedene einander ausschließende Normen herausbilden⁵⁷.

4.4. Kann nach allem zwar für den einzelnen Fall nie mit letzter Sicherheit angegeben werden, ob und in welchem Umfang eine Norm realisiert beziehungsweise angewendet werden wird, so kann doch von einer relativen Rechtssicherheit gesprochen werden⁵⁸. Diese beruht unter anderem darauf, daß sich im Laufe der Rechtsentwicklung in der Praxis des sozialen Lebens, vor allem in der Judikatur, eine gewisse Konstanz

⁵³ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 195.

⁵⁴ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 197.

⁵⁵ GEIGER, *a.a.O.*, S. 199.

⁵⁶ GEIGER, *a.a.O.*, S. 198.

⁵⁷ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 221 ff.

⁵⁸ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 234.

der Normhandhabung abzeichnet, und sei es, daß diese Konstanz nur in einer kontinuierlichen Tendenz der zu erwartenden Veränderung in der Normhandhabung besteht⁵⁹. Bei neu erlassenen Gesetzen bieten neben der sprachlichen Konvention die öffentliche Diskussion vor Erlaß der Gesetze und die in der Rechtslehre geäußerten Meinungen, schließlich insbesondere auch der „allgemeine Rechtszustand der Gesellschaft“ Anhaltspunkte für die faktische Normgeltung⁶⁰.

IV.

1. Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsgeltung sind Grundkategorien für jegliche soziologische Betrachtung des Rechts als Realordnung.

1.1. Eine empirische, seinsbezogene Rechtsbetrachtung fragt, was Recht „ist“. Sie hat bei dieser Fragestellung von dem tatsächlichen sozialen Geschehen auszugehen. Recht ist dann das, was als Recht befolgt oder durchgesetzt wird. Doch nicht jegliches beliebige Verhalten kann Recht genannt werden, sondern nur *regelmäßige* soziale Verhaltensweisen — das sind, wie oben (unter I) gezeigt, solche, die einer Regel folgen, obwohl die Möglichkeit regelwidrigen Verhaltens besteht — bilden eine *rechtliche Realordnung*.

1.2. Rechtsnormen sind Bestandteil dessen, was bei empirischer Rechtsbetrachtung als Recht angesehen werden kann, soweit sie einen Realbezug besitzen, das heißt, soweit sie faktisch gelten.

Der Begriff der faktischen Normgeltung ist für ein Verständnis des Rechts als Realordnung unentbehrlich. Denn eine rechtliche Realordnung ist wie jede soziale Ordnung eine Koordination aufeinander bezogener menschlicher Verhaltensweisen in einer sozialen Gruppe⁶¹ und bedingt als solche eine hinreichende Berechenbarkeit und damit zugleich eine Regelmäßigkeit dieser Verhaltensweisen⁶². Daß bestimmte als regelmäßig erwartete Verhaltensweisen im allgemeinen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden können, daß also die Normen,

⁵⁹ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 225 f.

⁶⁰ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 228 ff.

⁶¹ Vgl. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, S. 89: „Every social order expresses a coherence of meaning and motivation between a number of human actions, that is to say, a coherence produced by not regarding human actions as molecular movements, wave phenomena and the like, in the terminology of physics, but as expressive of psycho-physical facts.“

⁶² Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 14.

in denen diese Verhaltensweisen intendiert sind, faktisch gelten, ist mit- hin der notwendige Begleitumstand einer jeden rechtlichen Realordnung. Deren Bestand als Ordnung, und das heißt hier als Gefüge koordinierter und damit regelmäßiger Verhaltensweisen, ist nicht denkbar ohne ein Mindestmaß an Berechenbarkeit dieser Verhaltensweisen und damit an faktischer Normgeltung.

Grund dieser faktischen Normgeltung und damit zugleich Grundlage jeglicher Rechtsgarantie ist wohl in erster Linie die Interdependenz zwischen den Mitgliedern einer sozialen Gruppe⁶³, die eine Koordination im Verhalten der Gruppenmitglieder erforderlich macht und damit dessen Regelmäßigkeit und Berechenbarkeit bedingt. Doch heißt das noch nicht, daß eine rechtliche Realordnung notwendig allein auf der Interdependenz der Gruppenmitglieder beruht und „spezifisch der sozialen Mißtrauensatmosphäre zuzurechnen“ ist⁶⁴. Welche weiteren Momente insoweit noch hinzukommen könnten, mag indessen hier offen bleiben.

2. Die in den Zwangs- und Anerkennungstheorien⁶⁵ als spezifische Merkmale des Rechts hervorgehobenen Gesichtspunkte können in dem durch die Kategorien der Rechtswirksamkeit und der faktischen Rechtsgeltung angegebenen begrifflichen Bezugsrahmen diskutiert werden, ohne daß es vorerst einer Stellungnahme dazu bedarf, ob diese Gesichtspunkte das Spezifische des Rechts ausdrücken.

2.1. Die Anwendung von Zwangsmitteln ist die Erscheinungsform der Normwirksamkeit, die oben (unter II, 4.2) als Normdurchsetzung umschrieben worden ist, während die Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln und die Bereitschaft dazu zu den hier (unter III, 4.2) als Rechtsgarantie bezeichneten Faktoren gehören.

Die Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln und die Bereitschaft zu ihrer Anwendung sind nicht die einzigen Faktoren, die die Normwirksamkeit gewährleisten⁶⁶. Nur die Normdurchsetzung wird allein durch die Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln und die Bereitschaft zu ihrer Anwendung garantiert, die Normbefolgung hingegen durch Umstände, die die Normbefolgung ermöglichen sowie psychischen Zwang⁶⁷ und andere psychische beziehungsweise mentale Mo-

⁶³ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 45 f.

⁶⁴ Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 91.

⁶⁵ Vgl. dazu im einzelnen FREY, *Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie*, Diss. Saarbrücken 1962, S. 3 ff., 61 ff.

⁶⁶ Vgl. MAX WEBER, a.a.O., S. 183, 18.

⁶⁷ Vgl. MAX WEBER, a.a.O., S. 184, 185.

mente wie die Orientierung der Normadressaten an gewohnten Verhaltensweisen, zweckrationale Erwägungen und die Internalisierung von Normen⁶⁸.

Normen des Völkerrechts, die nicht zwangsweise durchgesetzt werden können, sind dennoch faktisch geltende Normen, soweit die zwischen den Subjekten des Völkerrechts bestehende Interdependenz sowie der Druck der öffentlichen Meinung ihre Einhaltung in hinreichender Weise gewährleisten. Entsprechendes gilt für nicht durchsetzbare Normen des Verfassungsrechts und die sogenannten „*leges imperfectae*“ des Privatrechts⁶⁹.

Die Institutionalisierung der Zwangsanwendung, die von den Vertretern der Zwangstheorie als wesentliches Merkmal einer Rechtsordnung hervorgehoben wird⁷⁰, ist zweifellos ebenso wie die Institutionalisierung der konkretisierenden Normfeststellung ein wichtiges Kriterium insbesondere moderner staatlicher Rechtsordnungen, hingegen im Völkerrecht nur schwach oder gar nicht ausgebildet⁷¹.

2.2. Die zwangsweise Durchsetzung von Rechtsnormen macht nur einen verhältnismäßig geringen Teil der rechtlichen Realordnung aus. Diese ist in viel größerem Umfang dadurch bestimmt, daß die ihr entsprechenden Rechtsnormen im allgemeinen befolgt werden⁷². Die „*opinio necessitatis*“ ist neben anderen Arten der Internalisierung des Norminhalts sowie zweckrationalen Erwägungen einer unter mehreren psychischen beziehungsweise mentalen Begleitumständen der Rechtsnormbefolgung. Ob sie etwas der Rechtsnormbefolgung gegenüber der Befolgung anderer Normen Eigentümliches ist⁷³, muß bezweifelt werden.

⁶⁸ Vgl. MAX WEBER *a.a.O.*, S. 17, 19, 192.

⁶⁹ Vgl. GEIGER, *a.a.O.*, S. 171 ff.

⁷⁰ Vgl. MAX WEBER, *a.a.O.*, S. 17, 18, 185; GEIGER, *a.a.O.*, S. 105 ff., 123.

⁷¹ Zur Kritik der Zwangstheorie vgl. im übrigen die vielfältigen Hinweise bei EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München 1913, S. 50 ff.; vgl. auch GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Darmstadt 1959, S. 337: „Es ist somit nicht der Zwang, sondern nur die Garantie, als deren Unterart nur der Zwang sich darstellt, ein wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffes.“

⁷² Vgl. EHRLICH, *a.a.O.*, S. 17.

⁷³ So EHRLICH, *a.a.O.*, S. 132.

Bibliographie

- BALLWEG, OTTMAR, Science, Prudence et Philosophie du droit, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. LI (1965), S. 543 ff.
- Quelques progrès de recherches dans le domaine: Science, Prudence et Philosophie du droit, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. LII (1966), S. 221 ff.
- BRECHT, ARNOLD, Politische Theorie. Tübingen 1961.
- The Myth of Is and Ought, in *Harvard Law Review*, Bd. LIV (1940/41), S. 811 ff.
- BRUSIIN, OTTO, Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949.
- BULYGIN, EUGENIO, Der Begriff der Wirksamkeit, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 41, NF Nr. 4 (1965), S. 39 ff.
- EHRlich, EUGEN, Grundlegung der Soziologie des Rechts. München und Leipzig 1913.
- EMGE, CARL-AUGUST, Einführung in die Rechtsphilosophie. Frankfurt a. M. und Wien 1955.
- FREY, PETER: Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie. Diss. Saarbrücken 1962.
- GEIGER, THEODOR, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Aarhus 1947.
- HART, HERBERT, LIONEL, ADOLPHUS, The Concept of Law. Oxford 1961.
- Definition and Theory in Jurisprudence, in *The Law Quarterly Review*, Bd. 70 (1954), S. 37 ff.
- HEDENIUS, INGEMAR, Om rätt och moral. 2. Aufl., Stockholm 1965.
- HENKEL, HEINRICH, Einführung in die Rechtsphilosophie. München und Berlin 1964.
- JELLINEK, GEORG, Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl., Darmstadt 1959.
- JØRGENSEN, CARL, On the Possibility of Deducing What Ought to Be from What Is, in *Ethics*, Bd. LXVI (1955/56), S. 271 ff.
- KELSEN, HANS, Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien 1960.
- KLUG, ULRICH, Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen, in *Law, State and International Legal Order, Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, S. 153 ff.
- LAHTINEN, OSVI, Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.
- OLIVECRONA, KARL, Legal Language and Reality, in *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*, New York 1962, S. 151 ff.
- PERELMAN, CHAIM, Traité de l'Argumentation. Paris 1958.
- La Théorie Pure du droit et l'Argumentation, in *Law, State and International Legal Order, Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, S. 225 ff.
- ROSS, ALF, Towards a Realistic Jurisprudence. Copenhagen 1946.
- On Law and Justice. London 1958.
- SCHACHT, JOSEF, Shari'a, in *Enzyklopädie des Islam*, Bd. IV, Leiden und Leipzig 1934.
- SCHREIBER, RUPERT, Die Geltung von Rechtsnormen. Berlin, Heidelberg, New York 1966.

- THUL, EWALD J., Die Denkform der Rechtsdogmatik, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XLVI (1960), S. 241 ff.
- VIEHWEG, THEODOR, Topik und Jurisprudenz. 3. Aufl., München 1965.
- Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik in Estudios jurídicosociales, Homenaje al Professor Luis Legaz y Lacambra, Bd. 1, Santiago de Compostela 1960, S. 203 ff.
- Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung, in System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation, hrsg. von A. Diemer, Meisenheim 1968.
- WEBER, MAX, Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen 1956.
- VON WIESE, LEOPOLD, System der allgemeinen Soziologie als Lehre von den sozialen Prozessen und den sozialen Gebilden der Menschen (Beziehungslehre), 3. Aufl., Berlin 1955.

Lebenslauf

Am 29. August 1939 bin ich als Sohn des Landwirts Emil Garrn und dessen Ehefrau Paula, geb. Kolster in Stade geboren. Von Herbst 1945 bis Ostern 1950 besuchte ich die Volksschule in Guderhandviertel, Kreis Stade, und anschließend bis Ostern 1959 das Athenaeum Stade im neusprachlichen Zweig. Nach der Reifeprüfung studierte ich bis zum Wintersemester 1960/61 an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz Rechtswissenschaft und Philosophie. Vom Sommersemester 1961 ab setzte ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Universität Hamburg fort. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 8. Juni 1964 vor dem Justizprüfungsamt in Hamburg ab. Seit Oktober 1964 war ich mit einer gut einjährigen Unterbrechung zur Anfertigung meiner Dissertation im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst. Am 22. Mai 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die zweite juristische Staatsprüfung.

Heino Garrn

